الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام

الأستاذ عـادل بـن عبـد الله
أستاذ مساعد مكلف بالدروس
جامـعة محـمد خيضـر بسكـرة

مقدمـــة:

القانون الدولي الخاص مادة تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية[1]. يعالج المــشاكل المتولــدة عن ارتباط النزاع بأكثر من دولة، ومن أبرزها مشكلة تنازع القوانين أين يضع قواعــد قانونيــة الهدف منها إرشاد القاضي إلى القانون المختص بين القوانين المتنازعة لحكــم المــسألة محــل النزاع[2].

وتمــر آليــة إنهــاء تنازع القوانين لحكم مسألة خاصة ذات عنصــر أجنبي[3] بمــستويين يعمل القاضي أولا على تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تكييف المسألة القانونيــة محــل النزاع لتحديد وصفها القانوني والتعرف على فئة الإسناد المناسبــة ليسند إثــر ذلك الاختصاص للقانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد. ثــم يأتي إلى تطبيق القانون المختص، أين يستدعي الأمر التعرف على مضمون ذلك القانون وتفسير أحكامه إن شابها غموض حتى يــتمكن مــن حــل النزاع.

ولمــا كانت قوانين الدول تتباين في مضامينها وتختلف في فلسفتها ومراميها فإن فكرة إعطاء الاختصاص لقانون أجنبي ما من قبل القانون الوطني تبعا للمنهج المزدوج في حل التنازع بــين القوانين ينطوي على مخاطر أكيدة، تظهر لما يؤدي تطبيق ذلك القانون إلى المساس بالمفاهيــم الأساسيــة للقانون الوطني لدولة القاضي.

لذلك فإن الرجوع لفكرة النظام العــام يسمح بالتصدي لتلك المخاطر. ومن هنــا نقــول بــأن القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية يمكن أن يتم استبعاده إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالنظام العــام الوطني.

ولما كان إعمال الدفع بالنظام العام فكــرة تمس بمبدأ حياد قواعد التنازع – الذي يفيــد بــأن القانون الأجنبي يجب أن يعلن مختصا بالاستقلال عن مضمونه – علينا أن نتساءل عن مضمون النظام العام الذي يمكن أن يكون عائقا أمام تطبيق القانون الأجنبي أو بــالأحرى عائقــا أمــام تطبيق قاعدة التنازع الوطنية؟.

لقد بينت الممارسة القضائية أن المضمون المجرد للقانون الأجنبي لا يبــرر لوحــده اســتبعاد تطبيقه، بل أن هناك عدة اعتبارات عمليــة تتدخل في إثارة فكرة النظام العام فــي النزاعــات المطروحة أمام القاضي.

وعليه نطرح التساؤلات التالية: هل أن مضمون النظام العام في ميدان العلاقات الدوليــة بــين الأشخاص الخاصة هو نفسه في العلاقات الوطنية؟. هل أن مضمون القانون الأجنبي المخــتص

يبرر لوحده استبعاد تطبيقه ؟، أم أن هناك اعتبارات أخرى تتدخل لتكون عوامل في إعمال النظام العام؟ وما هي أثار الدفع بالنظام العام؟.

وإن كان هذا البحث في حقيقة الأمر يتناول أساسا تحليل أفكار طرحها القضاء الفرنسي فإن ذلك يرجع سببه من جهة لكون القانون الجزائري في مادة القانون الدولي الخاص على قلة النصوص التشريعية لم يتطرق لتحديد المفاهيم في هذه المادة المتروكة للفقه والقضاء، ثم أن القانون الجزائري أخذ بعدة حلول قانونية في المادة تجد أصلها على غرار القانون الإداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي وبالتالي فإن الرجوع لتلك القرارات بالتحليل والإطلاع على التعاليق الفقهية أمر ضروري يسمح لنا بالتعرف وفهم المادة[4].

ومن جهة ثانية فإن القانون الفرنسي بصفة عامة يطرح حلولا قانونية أصبحت متقبلة ومستقبلة في قوانين أخرى ومن خلال الرجوع لتلك الحلول نتعرف على التراكم المعرفي للمادة في بلد يعج بالعلاقات الخاصة الدولية وهو ما يسمح بإتاحة الفرصة للتصدي في غياب النص. وإن كانت تلك الحلول غير مجسدة بعد في القانون الجزائري فإن معرفتها أكيد إضافة علمية.

أولا / فكرة الدفع النظام العام l'exception d'ordre public :

القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية يمكن أن يتم استبعاده إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالنظام العام[5].

إن تطبيق القانون الأجنبي يشكل على حد تعبير الكاتب الألماني Rappe قفزة في المجهول un saut dans l'inconnu ، لذلك هذه القفزة تتضمن بعض المخاطر التي تظهر لما يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني لدولة القاضي[6].

والرجوع لفكرة النظام العام يسمح بالتصدي لتلك المخاطر. فالنظام العام مثلا يقف عائقا أمام القاضي الوطني للاعتراف بصحة تصرفات أو إنشاء مراكز قانونية على الإقليم الوطني يكون ن شأنها خدش الشعور العام أو التعارض مع المفاهيم الأساسية التي بني عليها القانون الوطني ولو كان القانون الواجب التطبيق يقر بصحتها[7].

لكن استبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب أن يبقى تدخلا استثنائيا لأنه يشكل في حقيقة الأمر خرقا لمبدأ حياد قاعدة التنازع الذي يفيد أن القانون الأجنبي يجب أن يعلن مختصا، واجب التطبيق بالاستقلال عن مضمونه[8].

ويجب أن نميز بين فكرة الدفع بالنظام العام وآلية قوانين الضبط والشرطة[9]. فهناك اختلاف

منهجي بين الفكرتين. فإذا كانت قوانين الشرطة les lois de police تطبق قبل حتى البحث في مسألة تنازع القوانين، يعني قبل تتبع مراحل إنهاء تنازع القوانين، فإن الدفع بالنظام العام لا يظهر ولا يعمل به إلا بعد الانتهاء من البحث في مسألة تنازع القوانين. يعني بعد تتبع مراحل تسوية تنازع القوانين وذلك بهدف تعطيل وإعاقة لاحقة للقانون الأجنبي المختص طبقا لقاعدة التنازع الوطنية[10].

ولقد أسس المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالنظام العام أول مرة بموجب الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني في المادة 24 منه. ثم عدلت المادة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/7/20 المعدل والمتمم للقانون المدني وأصبحت صياغتها على النحو التالي « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة »[11].

ثانيا / مضمون النظام العام **le contenu de l'ordre public:**

يطرح تساؤل مهم حول طبيعة المفاهيم التي قد تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المختص؟. الاجتهاد القضائي الفرنسي مرة أخرى تدخل لوضع الحلول.

لكن الاجتهاد القضائي لم يقدم قائمة لتلك المبادئ، إنما طرح حلولا ترسم التوجهات العامة des orientations générales التي يجب ألا يخالفها القانون الأجنبي.

تقليديا يتم التمييز بين ثلاث فئات للنظام العام بحسب درجة عموميتها. في الفئة الأولى يتم عرض النظام العام كمجموعة من « مبادئ العدالة العالمية المعتبرة لدى الشعور العام الفرنسي ذات قيمة دولية مطلقة » وأظهر هذا التوجه قرار Lautour (C cass civ 25 mai 1948)

وهذه الصياغة الشهيرة مكرسة لمبادئ القانون الطبيعي مثل مبدأ المساواة المدنية، المساواة بين الجنسين، منع الرق ومنع الميز العنصري[12]. ويمكن أن تدخل في هذه الفئة في ضوء تطور الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان القواعد التي تعلن حقوق الإنسان المبدئية.

كما يضمن النظام العام حماية أسس سياسية واجتماعية لحضارة ما، وبالتالي الفئة الثانية تشمل المفاهيم التي تستند لفكرة أن قانونا أجنبيا لا يمكن أن يخالف السياسة التشريعية الوطنية، والقيم المرعية هنا تختلف كثيرا عن تلك التي يحددها قرار Lautour. على سبيل المثال نظام الزواج الموحد la monogamie، اللائكية la laicite ، تقديس الملكية الفردية، قوة الالتزامات وتكون وظيفة النظام العام هنا هي تأمين انسجام ونسق المجتمع بفرض احترام تلك القيم.

ويستنتج من هذا أن النظام العام هو كذلك وسيلة ضمان فعالية بعض السياسات التشريعية المتعلقة بالتوجيه والحماية، المتعلقة على سبيل المثال في فرنسا بمنع الطلاق على الإقليم الوطني بشكل مطلق أو عدم قبول دعوى إثبات النسب الطبيعي[13].

أما في الفئة الثالثة فإن ضرورة التطابق بين القانون الأجنبي والسياسة التشريعية الوطنية لا يجب فهمها بشكل خاطئ. في هذا السياق لا يمكن أن نعتبر بأن كل اختلاف بين مضمون القانون الأجنبي والقانون الوطني تعارضا مع النظام العام[14]. فحتى يسمح لنا القانون الدولي الخاص بحد أدنى من التنسيق بين القوانين، القاضي الوطني مطالب إذن أن يبدي بعض التساهل، على الخصوص أن يتشبع بفكرة أن ما هو من النظام العام الوطني الداخلي ليس كذلك بالضرورة في القانون الدولي الخاص[15].

فسن الرشد مثلا يعتبر من النظام العام الداخلي، لكن هي ليست كذلك إذا تعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي يأخذ بسن مخالفة. وبالتالي فالنظام العام الداخلي أوسع نطاقا من النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص وهو ما جعل الممارسة القضائية تعبر عن هذا الأخير بتعبير النظام العام الدولي ordre public international [16].

ثالثا / شروط الدفع بالنظام العام les conditions de l'intervention de l'ordre public:

بعد أن قدمنا نظرة شاملة حول مضمون النظام العام بتحديد المفاهيم التي تكون مخالفتها عائقا أمام تطبيق القانون المختص، تبقى الإشكالية هي أن نقدر بشكل صحيح وبصورة لا صرامة مفرطة فيها ولا فيها تساهل كبير، العتبة أو الحد الذي انطلاقا منه يصبح تطبيق القانون الأجنبي غير مطاق لدرجة أنه يستثير آلية الدفع بالنظام العام. ويكون من الضروري تحديد وتدقيق ما يمكن من الشروط المتعلقة بإعمال النظام العام.

شروط الدفع بالنظام العام حددت انطلاقا من اعتبارات براغماتية souci de pragmatisme هناك معياران أساسيان لتقدير النظام العام قضائيا. المعيار المتعلق بالنتيجة الملموسة لتطبيق القانون الأجنبي ومعيار القرب الفعلي للمسألة القانونية محل النزاع من دولة القاضي أو القانون الوطني.

أ / **معيار النتيجة الملموسة le critère de résultat concret** : مضمون القانون الأجنبي لا يبرر لوحده استبعاد تطبيقه. يجب إضافة لذلك أن يؤدي تطبيق ذلك القانون الأجنبي وبصورة شخصية إلى نتيجة مستهجنة، غير متقبلة وجارحة في النزاع المطروح.

فمن أجل الدفع بالنظام العام يجب أن نأخذ بعين الاعتبار النتيجة الملموسة التي يؤدي إليها

تطبيق القانون الأجنبي وليس فقط المضمون المجرد للقانون. لذلك كان القضاء الفرنسي يقدر على سبيل المثال بأن طلاق المرأة لا يتعارض مع النظام العام إذا كانت هذه الأخيرة قبلت به(17).

وعليه فالعبرة بما يولده تطبيق أحكام القانون الأجنبي من نتائج في أرض الواقع، بوجود شخص متأثر مصدوم بأحكام تلك القانون.

كما أن التطبيق التركيبي لقانونين أجنبيين يمكن أن يؤدي إلى استبعادهما إذا كانت النتيجة المتولدة عن تطبيقهما تبرر ذلك وذلك على الرغم من أن تطبيق كل واحد منهما على انفراد لا يتعارض مع النظام العام.

والرجوع للقضية الشهيرة Patino (C cass civ 15 mai 1963) يبين لنا هذه الفرضية في مسألة متعلقة بفك الرابطة الزوجية بين زوجين من جنسية بوليفيه تزوجا بإسبانيا. قاعدة التنازع الفرنسية واجبة التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني تشير إلى القانون البوليفي باعتباره القانون الوطني المشرك للزوجين. لكن القانون البوليفي لا يعرف الانفصال الجسماني ويخضع طلاق الأزواج المرتبطين في دولة أجنبية لشرط أن يكون قانون محل إبرام عقد الزواج يقبل بذلك أيضا. لكن القانون الإسباني المختص لا يعرف الطلاق في ذلك الوقت وبالتالي التركيب بين القانون البوليفي والإسباني يجعل أي شكل لفك علاقة الزواج مستحيلا وهو ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية أمرا مخالفا للنظام العام(18).

ب / فكرة قرب المسألة القانونية من القانون الوطني le critère de proximité : هنا القضاء يقدر بأن النظام العام تم المساس به أم لا تبعا لوضعية المسألة القانونية التي أثارت تطبيق قاعدة التنازع أهي قريبة مادية من النظام العام؟ ونجد بيان ذلك في فكرة النظام العام بالقرب ونظرية الأثر المخفف للنظام العام.

1 / النظام العام بالقرب l'ordre public de proximité : يرجع الفضل للفقيه الألماني Kahn في نهاية القرن التاسع عشر في طرح الفكرة التي مفادها أن الدفع بالنظام العام يتم إعماله بحزم يتناسب مع درجة الارتباط بين المسألة القانونية المطروحة وإقليم دولة القاضي. ويعني ذلك أنه كلما كان النزاع قريبا من دولة القاضي توفرت إمكانية الدفع بالنظام العام.

وبتفسير موسع يمكن القول بأن النظام العام يتم إعماله بشكل أسهل إذا كان أحد الوطنيين أو شخص مقيم بالإقليم الوطني هو المعني بصورة شخصية ومباشرة بالوضعية غير المتقبلة(19).

بذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية (C cass civ 1 avril 1981) بأن القانون الإسباني الذي

يحرم الطلاق في ذلك الزمن متعارض مع النظام العام الفرنسي الذي يعترف لكل فرنسي متوطن بفرنسا بإمكانية طلب الطلاق[20].

وفي السنوات الأخيرة، محكمة النقض (C cass civ I0 fevr 1993) بكل وضوح اعتبرت من النظام العام حق الطفل الفرنسي أو المقيم بفرنسا إقامة معتادة أن يحصل على إثبات نسبه. وقد جاء في القرار بأنه إذا كانت القوانين الأجنبية التي تحرم إثبات النسب الطبيعي ليست في الأساس متعارضة مع المفاهيم الفرنسية للنظام العام الدولي فإن الأمر هو على خلاف ذلك إذا كان من شأن تلك القوانين حرمان طفل فرنسي أو مقيم بفرنسا بصفة معتادة من حقه في الحصول على نسب وفي هذه الحالة النظام العام يعيق تطبيق القانون الأجنبي المختص[21].

من هذا المنطلق أيضا اعتبرت محكمة استئناف باريس بأن قانونا أجنبيا لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي لما كانت المسألة القانونية محل النزاع لا علاقة لها بأي شكل بفرنسا[22].

وبالتالي يمكن استبعاد القانون الأجنبي بسبب القرابة بين النزاع ودولة القاضي إذا كان النزاع يعني وطنيا أو شخصا مقيما في دولة القاضي، في حين كان بالإمكان تطبيق ذلك القانون من قبل القاضي الوطني في الحالة أين النزاع ليس له سوى علاقة بسيطة مع قانون القاضي. ومن هنا أيضا يبرز نظام عام بالقرب لأنه يكشف عن ضرورة إدراج في آليات إعمال الدفع النظام العام، مجموعة الظروف المقدرة حالة بحالة التي تساهم في ربط وإتباع لإقليم دولة القاضي مسألة هي طبيعيا تخضع للقانون الأجنبي، وتكشف بذلك عن النظام العام لدولة القاضي الذي يثار ويحرك بسبب تطبيق ذلك القانون الأجنبي.

2 / نظرية الأثر المخفف للنظام العام la théorie de l'effet atténue de l'ordre public :

بداية يجب أن نميز بين فرضيتين. الأولى أين المركز القانوني قد نشأ بصورة قانونية في دولة أجنبية وفرضية أين يتعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني على الإقليم الوطني طبقا للقانون الأجنبي.

ترتكز نظرية الأثر المخفف للنظام العام على فكرة أن النظام العام يمكن ألا يصطدم به في دولة القاضي بخصوص المراكز التي تنشأ في خارج، في حين يتعارض النظام العام مع إنشاء تلك المراكز في دولة القاضي[23].

أما عن تبرير نظرية الأثر المخفف للنظام العام فقد فسرت بعدة صور. التفسير الأول يمكن نسبه للفقيه الفرنسي Pillet ويأتي من فكرة مفادها أن ضرورة استمرارية التمتع بالحق دوليا تفرض الاعتراف بالحقوق المكتسبة بصورة صحيحة في الخارج[24].

أما التفسير الثاني وهو أكثر حداثة مستوحى من الاهتمام بالتنسيق بين النظم القانونية ومن

ملاحظة أن الاعتراف بالمراكز التي نشأت في الخارج لا تمثل سوى كلفة اجتماعية ومعنوية بسيطة لأن هذه المراكز ليس لها سوى ارتباط ضعيف مع دولة القاضي. فالشعور العام هو أقل حساسية وتأثر تجاه فعالية التصرفات التي تتم في الخارج مقارنة مع الاعتراف بحرية التصرف في الإقليم الوطني في مجال الحياة الدولية فيما هو ممنوع ومحرم في الحياة الداخلية الوطنية[25].

أما مضمون نظرية الأثر المخفف للنظام العام فقد عرفت تطورات. المرحلة الأولى ظهرت بصورة ضمنية في قرار Bulkley في 1860/02/28 وأعطت شبه حصانة للمراكز التي تنشأ في الخارج في مواجهة النظام العام، لأن الرقابة لا تنصب سوى على الآثار التي لم تترتب بعد من المراكز المكتسبة في الخارج وهي آثار قلما تتعارض مع النظام العام مثال طلب نفقة غذائية وقسمة تركة لزواج متعدد أبرم في الخارج.

المرحلة الثانية بدأت بالقرار الشهير Rivière في 1953/4/17 . نظرية الأثر المخفف للنظام العام أصبحت أكثر صرامة. فطبقا لمحكمة النقض الفرنسية فإن ردة الفعل في مواجهة أحكام قانونية متعارضة مع النظام العام ليست ذاتها إذا تعلق الأمر بالاعتراض على اكتساب حق في فرنسا أو السماح بترتيب آثار في فرنسا لحق اكتسب دون غش في الخارج طبقا للقانون المختص من وجهة نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي. ففي زمن كان القانون الفرنسي لا يعرف سوى الطلاق بسبب خطأ الزوج اعترفت محكمة النقض الفرنسية بطلاق تم بالإرادة المشتركة للزوجين لفرنسية تم في الخارج[26].

وبالتالي على خلاف المفهوم الأول الخاص بقرار Bulkley فإن المفهوم الخاص بقرار Rivière يسمح للقاضي بمد رقابته المتعلقة بالنظام العام إلى مجموع المركز، للمركز القانوني في كله وليس فقط آثاره التي تتولد في فرنسا.

في حقيقة الأمر، رغم أن ردة الفعل تتباين تبعا لكوننا أمام فرضية إنشاء حق أو فعالية هذا الأخير على الإقليم الوطني، هذا لا يمنع القاضي الوطني من رقابة الشروط التي نشأ طبقا لها الحق المطالب بآثاره والمثال التالي يوضح الفارق جيدا.

زواج المحارم الذي تم بصورة قانونية في الخارج والذي يطالب بآثاره المتعلقة بالنفقة الغذائية في فرنسا. في ظل المفهوم الذي دافع عنه Pillet لا شيء يمنع الاعتراف بالآثار الغذائية لتلك العلاقة الزوجية، في المقابل مفهوم قرار Rivière يسمح بالاعتراض بالنظر للتعارض الكبير لتلك الآثار مع النظام العام.

بذلك نعاين أن نظرية الأثر المخفف للنظام العام لا يعطي حصانة مطلقة أو كاملة للمراكز

القانونية التي تنشأ في الخارج في مواجهة النظام العام خصوصا في مبادئه العالمية، بالأخص يتعين عدم الغلط في مفهوم المخفف atténue للنظام العام.

رابعا / أثر الدفع بالنظام العام les effets de l'intervention de l'ordre public: إذا كانت شروط إثارة النظام العام يمكن أن تتنوع تبعا للظروف والمعطيات، فإن آثار الدفع بالنظام العام تترتب على نمط واحد. فأثر استبعاد القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية هو تطبيق قانون القاضي باعتباره حلا احتياطيا لحكم العلاقات الخاصة.

وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني المعدل والمتمم بأن يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

وحتى قبل النص صراحة في القانون الجزائري على أثر الدفع بالنظام العام فإن القضاء الجزائري إثر استبعاد القانون الأجنبي المختص طبق القانون الجزائري(27).

لكن استبعاد القانون الأجنبي المختص لا يمنع رغم ذلك التطبيق الجزئي لذلك القانون. وبالتالي، القاضي الوطني لما يعلن قانونا أجنبيا متعارضا مع النظام العام يحل محله قانونه الخاص بالقدر الضروري فقط واللازم من أجل احترام أكثر لنسق وانسجام قانونه الوطني وكذا الأجنبي(28).

ففي دعوى رفعت أمام القضاء الجزائري لإعطاء حكم أجنبي تضمن إلزام المدين بمبلغ الدين الأصلي ودفع فوائد للدائن بنسبة 12 % الصيغة التنفيذية، اعتبرت المحكمة العليا أن القرار الصادر عن المجلس القضائي باطلا فيما يتعلق بتنفيذ ما حكم به على المدين في الجزائري بخصوص دفع الفائدة المقدرة بـ12 % معتبرة أن الفائدة فكرة تتعارض مع النظام العام في الجزائر.

فالحكم الأجنبي صدر طبقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يتضمن أحكاما بإلزام المدين بدفع قيمة الدين الأصلي وأحكاما أخرى تجيز المطالبة بدفع نسبة من الفائدة. وما قام به القضاء الجزائري هو إعلان ضمني بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر من خلال القول بأن تنفيذ حكم بالفائدة في الجزائر مخالف للنظام العام.

لكن القضاء الجزائري لم يستبعد القانون الأجنبي كليا، بل استبعد منه فقط الأحكام المتعارضة مع النظام العام وقبل بتطبيق باقي الأحكام وهذا يظهر تعامل القانون الجزائري المرن مع فكرة النظام العام(29).

خاتمة:

إن فكرة التسامح الدولي ومراعاة مصالح الأفراد التي تقتضي تطبيق قانون أجنبي على الإقليم الوطني تبقى دائما في إطار عدم تجاوز المفاهيم القانونية الأساسية السائدة على الإقليم الوطني ويؤخذ بعين الاعتبار المفاهيم المتحكمة النظام القانوني الحالي دون المفاهيم التي تهجر.

ولضمان فعلي لاحترام تلك المفاهيم تأتي فكرة الدفع بالنظام العام لتكون عائقا أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي قيد تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية. لكن يتعين دائما التمييز بين المفاهيم المرعية في العلاقات الخاصة الوطنية وتلك المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية.

فالنظام العام في العلاقات الوطنية يختلف عن النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. وبالتالي يتعين تحديد مضمون النظام العام الدولي وتحديد المفاهيم التي تعيق المسار الطبيعي لقاعدة التنازع. وقد وجدنا بأن النظام العام الداخلي أوسع نطاقا لأنه يضم إلى جانب المبادئ الأساسية القواعد الآمرة، في حين لا تعتبر كل قاعدة آمرة ضمن فئة النظام العام الدولي.

كما تبين بأن فكرة الدفع بالنظام العام كآلية لحماية المفاهيم الأساسية تختلف عن آلية أخرى تحمي المصالح الأساسية هي قواعد الضبط والبوليس. فهناك بعض الميادين من القانون لا تخضع المعاملات فيها إلا للقانون الساري في الإقليم الوطني وهي القوانين الموصوفة بقوانين الشرطة.

لاحظنا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي بالتحديد هو الذي بنى هذا القسم المهم من مادة القانون الدولي الخاص. فانطلاقا من مادة قانونية وحيدة أسس لأفكار ومفاهيم عديدة لاستكمال الموضوع.

والقانون الجزائري الفتي بحكم عدة عوامل متأثر لدرجة كبيرة بمضمون تلك الفكرة القانونية ولكون القضاء الفرنسي كان سباقا في التأسيس للمادة كان من الطبيعي أن نرجع لأصل تلك الأفكار من أجل الفهم الجيد وحاولنا إعطاء موقف القانون الجزائري كلما وفقنا في العثور عليه.

تبين لنا أن تعامل القضاء مع الدفع بالنظام العام يتنوع باختلاف ظروف ومعطيات كل نزاع. فالمضمون المجرد للقانون الأجنبي لا يسوغ للقاضي دائما استبعاده، فيشترط القضاء أن يتولد عن ذلك التعارض أثر على أرض الواقع بوجود حالة خاصة متضررة من تطبيق أحكام ذلك القانون.

كما أن فكرة النظام العام يستعملها القضاء أكثر الأحيان بما يتوافق مع وضعية شخص وطني أو مقيم بالإقليم الوطني. فكلما كانت المسألة محل النزاع على علاقة وارتباط بالإقليم الوطني أو القانون الوطني كانت هناك إمكانية أكبر للدفع بالنظام العام، في حين تتراجع تلك الإمكانية إذا كانت معطيات المسالة بعيدة عن القانون الوطني على الخصوص لما لا يتعلق الأمر بالمفاهيم

ذات القيمة العالمية.

كما أدى تطور الاجتهاد القضائي إلى التمييز بين حالة إنشاء مركز قانوني على الإقليم الوطني طبقا للقانون الأجنبي وبين التمسك ببعض آثاره. فكلما تعلق الأمر بآثار الحق أو المركز القانوني كان هناك تعامل متساهل بخصوص النظام العام بالسماح بتوليد بعض الآثار للمراكز القانونية التي تنشأ في الخارج بالتعارض مع النظام العام الدولي على الإقليم الوطني في وقت كان النظام العام سيمنع نشوءها على الإقليم الوطني.

لكن التساهل مع آثار المراكز القانونية لا يعني إعطاء حصانة لتلك المراكز، فالقضاء يبسط رقابته على الشروط التي نشأ المركز القانوني في الخارج في ظلها على الخصوص التحقق من عدم تعارضها مع المفاهيم ذات القيمة العالمية.

وتقدير القضاء لتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام لا يبرر الاستبعاد الكلي لذلك القانون. فالقضاء يأخذ كلما سمحت معطيات القضية بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي وإحلال القانون الوطني محله بالقدر الضروري فقط للفصل في النزاع.

الهوامش:

(1) لا يجب أن ينصرف الفهم إلى العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام. فالمقصود هو علاقات القانون الخاص وبين أشخاص القانون الخاص. كل ما في الأمر أن تلك العلاقات لها بعد ولي بسبب ارتباطها بأكثر من دولة.

(2) هي قواعد تنازع القوانين، على الخصوص قواعد الإسناد. وهي قواعد يضعها المشرع أوهي من صنع القاضي الهدف منها تبيان القانون الواجب التطبيق في مسألة قانونية ضمن مجال العلاقات الخاصة الدولية. وتتركب قاعدة الإسناد من فئة إسناد تتمثل في المسالة القانونية؛ يعني مجموعة من الأفكار القانونية المتشابهة التي تكون محلا لتنازع القوانين وضابط إسناد أو معيار الإسناد؛ ويعني المؤشر الذي يقود القاضي لمعرفة القانون المختص. أي معيار الانتقال من المسألة القانونية إلى القانون الواجب التطبيق.

(3) إن العنصر الأجنبي هو السبب المباشر في إثارة مشكلة تنازع القوانين بدخوله على العلاقات الوطنية. فلكل علاقة ثلاثة عناصر هي الأطراف والمحل والسبب. ولما تكون تلك العناصر ضمن الإقليم الوطني توصف العلاقة بأنها علاقة وطنية صرفه وأي نزاع بشأنها يخضع للقانون الوطني بالنتيجة. لكن لما يتسرب أحد عناصر العلاقة للخارج بأن يكون أحد الأطراف ليس وطنيا أو أن محل العلاقة شيء موجود خارج الإقليم الوطني أو أن سبب العلاقة تصرف تم أو واقعة حدثت في إقليم أجنبي هنا العلاقة توصف علاقة ذات عنصر أجنبي، فيكون لها ارتباط بأكثر من دولة وبالنتيجة لها ارتباط بأكثر

من قانون، لذلك يثار تساؤل حول القانون الواجب التطبيق على نزاع متعلق بتلك العلاقة من بين تلك القوانين.

(4) عدة أفكار على غرار الدفع بالغش نحو القانون والحل في حالة الفشل في إثبات مضمون القانون الأجنبي وفكرة الإحالة، كلها أفكار دأب مدرسو القانون الدولي الخاص في الجزائر تدريسها في المادة رغم عدم تضمنها في نص قانوني وكان ذلك يتم بالرجوع للقانون الفرنسي بالخصوص إلى الاجتهاد القضائي لفهم تلك الأفكار، ثم تقدير مدى تقبلها في القانون الجزائري ثم حدث أن تم تعديل القانون المدني الجزائري وتم التأسيس تشريعيا لتلك الأفكار. (5) يعتبر التشريع تقليديا المصدر الأهم للقانون الوضعي، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقانون الدولي الخاص. فرغم الامتياز الذي يعطيه التقنين بتوفير الأمان والتعريف بالقانون فإن عملية التقنين يمكن أن تكون خطرا على المرونة التي يتطلبها القانون الدولي الخاص سواء في نشأة قواعده أو تطويرها ويؤثر أيضا على دور الفقه الذي هو صاحب فضل كبير على العمل القضائي المتراكم اليوم.

وبالتالي، لما كان دور التشريع محدودا برز الدور المهم للقضاء والفقه. إذ يعود للقضاء الفضل في بناء الجزء الأكبر من القانون الدولي الخاص في هذا الميدان أكثر من أي ميدان آخر باستثناء القانون الإداري. فالجزء المخصص لهذا الفرع القانوني من كتاب للقرارات الكبرى للقضاء الفرنسي،عند الإطلاع عليه نقف عند المضمون الحقيقي للقانون المطبق من طرف المحاكم اليوم. فقضاء محكمة النقض الفرنسية هو أصل تلك القواعد، فلا تكاد تكون مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص لم تكن موضوع اجتهاد القضائي حتى أن بعض الحلول التي يتبناها المشرع في بعض المسائل تتعرض لنقد شديد من طرف رجال القانون لعدم مسايرتها للتراكم المعرفي الذي شيده القضاء. ودور القضاء يفسره أيضا الحوار المتميز، الخصب والمستمر الذي يدخل فيه مع الفقه. فنجد أن بعض الصياغات هي من وضع الفقه الدولي الذي يتميز بدوره الإبداعي الذي جاء نتيجة المنهج المجرد والنظري الذي يستعمله لحل المشاكل المطروحة نظريا. ويأتي أيضا الدور المهم للفقه من قدرته على صياغة تحاليل وحلول يستلهم منها القضاء.

(6) لتفاصيل حول نشأة الدفع بالنظام العام أنظر:

حفيظة السيد حداد.الموجز في القانون الدولي الخاص.الكتاب الأول.بيروت:منشورات الحلبي الحقوقية. 2003.ص285.

(7) لذلك يقف النظام العام مثلا عائقا أمام القاضي الفرنسي للاعتراف بصحة الزواج المتعدد union polygamique المبرم بفرنسا ولو أن قاعدة التنازع الفرنسية المطبقة هي التي أشارت للقانون الأجنبي الذي تعترف أحكامه بذلك النوع من الزواج.

(8) نقصد بخاصية حياد قاعدة التنازع بأنه ليس فقط أنها لا تبحث مباشرة في مضمون القانون بل لا تهتم

به. وهذا يعني أن إلحاق المسألة القانونية محل النزاع بين القوانين لفئة إسناد محددة ثم إسناد الاختصاص يجب أن يكون موضوعيا بشكل كامل، ولا يجب أن يشوه بسبب الأخذ بعين الاعتبار مضمون القانون الذي يعلن في النهاية مختصا. والرجوع لفكرة النظام العام يعني الأخذ بعين الاعتبار مضمون القانون وتقديره وهذا ما يشكل مساسا بخاصية الحياد.

لا يعتبر الدفع بالنظام العام الفكرة الوحيدة للمساس بمبدأ حياد قواعد التنازع بل هناك عدة أفكار حديثة تتعامل مع مضمون القوانين المتنازعة لتحديد القانون المختص بصفة نهائية لتفادي النتائج السلبية للإسناد غير المتبصر الذي قد يقود إلى جانب إسناد الاختصاص لقانون يتعارض مع المفاهيم الأساسية للقانون الوطني للقاضي، إلى إعطاء الاختصاص لقانون ليس في علاقة قوية مع المسألة القانونية محل النزاع. وتتمثل تلك الأفكار في آلية تصحيح المسار الطبيعي لقواعد التنازع و قواعد الإسناد ذات الغاية أو النتيجة المادية المحددة.

لتفاصل أكثر أنظـر:

Daniel Gutmann.Droit international prive.Paris dalloz.1999.p34.35.

(9) قواعد الشرطة تعكس السياسات والمصالح الحكومية ومراعاتها ضروري لحماية الانتظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، لذلك يجب أن تطبق من قبل السلطات على كل الإقليم الوطني. ووجودها يمنع أصلا فكرة البحث عن القانون الواجب التطبيق كعلاقات العمل، قواعد حماية المستهلك وقواعد المنافسة.

(10) إذا كان القاضي أمام قواعد الشرطة يجب عليه تطبيقها دون استثارة قواعد تنازع القوانين، فإنه إذا تعلق الأمر بفكرة الدفع بالنظام العام فهو هنا قد تعرف على مضمون القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع وتبين له بأن أحكامه غير متقبلة.

- لا يمكن أن نفهم من ذلك أن النظام العام هو فئة إسناد تعطي الاختصاص للقانون الوطني.
- بمناسبة نزاع ذو عنصر أجنبي حول القانون الواجب التطبيق على علاقة عمل بين شركة سوناطراك وأجنبي اعتبرت المحكمة العليا في الجزائر أن أية علاقة عمل تقع بالجزائر تخضع للنصوص التشريعية الجزائرية سيما ما يتعلق منها بشروط التشغيل، ويعد باطلا كل بند وارد في عقد عمل يخالف التشريع والتنظيم المعمول به. معتبرة أن أحكام قانون علاقات العمل تطبق تطبيقا مباشرا حتى إذا اشتملت على عنصر أجنبي لأنها مبدئيا تتعلق بالوطنيين والأجانب.

المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا.(العدد الأول : 1995).ص 149 وبعدها.

(11) خلال حقبة الاستعمار الفرنسي طبقت المحاكم المنصبة في الجزائر الحلول التي طرحها الاجتهاد القضائي في فرنسا والمتعلقة بالدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون. وإثر الاستقلال استمر القضاء الجزائري بتطبيق تلك الأفكار التي تجد مصدرها في القضاء حتى تاريخ صدور القانون المدني الجزائري الذي أسس لفكرة الدفع بالنظام العام فقط. وإثر التعديل الأخير تم التشريع لفكرة الدفع بالغش

وشرع التعديل أيضا للأثر المتولد عن استبعاد القانون الأجنبي وهو إحلال القانون الجزائري محله.

- إشارة المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالنظام العام جاءت صريحة وفي سياق تطبيق القوانين من حيث المكان أي أن الأمر يتعلق بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. في حين النص الفرنسي في المادة السادسة من القانون المدني يتحدث عن النظام العام في سياق استبعاد اتفاقات الأفراد المتعارضة معه.

(On ne peux déroger, par des conventions particuliers, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs) Code Civil.Paris : Dalloz.98 E.1999.p27.

عليوش قربوع كمال. القانون الدولي الخاص الجزائري.الجزء الأول. الجزائر: درا هومة. 2006. ط 1.ص 160 .

(12) هذا التوجيه جاء بصياغة غير مرحب بها كثيرا. لأنه يثير مبادئ عالمية في حين يتعلق الأمر فقط بالتقيد بالمفاهيم الوطنية.

François Melin.Droit international prive.Alger :Casbah Edition.2004.p132.

- لكن مادام أن فئة القواعد ذات المصدر الدولي هي جزء من القانون الداخلي وإدماجها في النظام الداخلي يضيف عليها صفة القانون الوطني، بل يعطي لها قيمة تعلو الأحكام التشريعية العادية. وبالتالي فإنه يكون على القاضي إثارتها لاستبعاد تطبيق أي قانون أجنبي يتعارض مع المفاهيم التي تحميها.

(13) قبل تعديل قانون الأحوال الشخصية الفرنسي سنة 1975 أين تم تكريس التوجه الليبرالي، كان القانون الأجنبي الذي يسمح بالطلاق برضا الزوجين يعلن متعارضا مع النظام العام.

- من هنا نلاحظ أن تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام مرتبط بحالة القانون الأجنبي والشعور العام وقت نظر القاضي في النزاع وهو ما يعبر عنه بمبدأ حالية النظام العام le principe d'actualité de l'ordre public وهي نتيجة ضرورية لنسبية النظام العام في الزمن.

- قبل سنة 1884 كان الطلاق في فرنسا مخالفا للنظام العام، وقبل سنة 1912 كانت دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي مخالفة للنظام العام. أنظر:

علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1993. ط 4.ص 149 .

(14) وظيفة النظام العام في العلاقات الوطنية هو إبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة أو إتاحة الفرصة أمام القاضي لكي يثير تطبيق قاعدة قانونية من تلقاء نفسه.

(15) إذن لما كان الدفع بالنظام العام عائقا أمام تطبيق قاعدة التنازع الوطنية فإن عمل القاضي في تقديره يخضع لرقابة المحكمة العليا لأن تقدير القاضي يجب أن يعبر عن الشعور العام في المجتمع لا شعوره الخاص.

نادية فضيل.تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.الجزائر:دار هومة.طبعة 2004.ص 120.

قواعد الشرطة ذات التطبيق الآني هي قواعد آمرة لا تحتاج لإثارة فكرة النظام العام لتطبيقها.

أحمد محجوب.محاضرات في القانون الدولي الخاص.الجزائر:دار بهاء للنشر والتوزيع.الطبعة الاولى.2004.ص86.

(16) بالتالي رغم نعت النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بالدولي فإن الأفكار التي يتضمنها ومفهومه يضل وطنيا أي يقدره القاضي الوطني ومن خلال مراعاة القانون الوطني.

(17) المقصود هنا بالطلاق la répudiation وليس le divorce. فالأول يعني إنهاء الرابطة الزوجية من جانب واحد حتى دون سبب وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المعروفة في القانون الجزائري أما الفكرة الثانية فتعني إنهاء العلاقة الزوجية بسبب الخطأ، وإثر تعديل سنة 1975 أضيف الطلاق بالتراضي المشترك للزوجين و بسبب انقطاع الحياة المشتركة.

(18) Daniel Gutmann.Droit international prive.op.cit.p91.

كان القانون البوليفي المتعلق بالأحوال الشخصية ينظم فكرة التفريق الجسماني فقط. ثم صدر قانون سنة 1932 الذي أباح الطلاق، وهو ما يعني إلغاء التفريق الجسماني ضمنيا، ومن هذا المنطلق رفع الزوجان Patino دعوى أمام القاضي الفرنسي مطالبين بالطلاق.

علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق.ص 155.

(19) هذا الطرح، لم يكن له لزمن طويل سوى صدى محدود بفرنسا. لكن الفقه، على الخصوص الفقيه Paul lagarde والقضاء في السنوات الأخيرة يبدوا أنهما تقبلوها بشكل مستحسن أكثر من ذي قبل.

Daniel Gutmann.Droit international prive.op.cit.p92.

(20) Code Civil.p14.

(21) François Melin.Droit international prive.op.cit.p133.Code Civil.p16.

(22) Daniel Gutmann.droit international prive.op.cit.p92.

(23) هذه النظرية تسمح على سبيل المثال للقضاء بقبول توليد بعض الآثار على الإقليم الفرنسي بالنسبة للزواج المتعدد الذي أبرم بصورة قانونية في الخارج، بالخصوص المطالبة بالنفقة الغذائية أو قسمة تركة وأيضا طلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي تم بصورة قانونية في الخارج بين زوجين من جنسية مشتركة.

(24) لمعلومات أوسع أنظر:

علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق.ص 123.

Daniel Gutmann.Droit international prive.op.cit.p66.

(25) في السابق لما كان القانون الفرنسي يمنع الطلاق سمح القضاء لأجنبي طلق زوجته بصورة قانونية طبقا لقانونه الوطني بإعادة الزواج بفرنسا. وذلك يبين عدم تأثر النظام العام الدولي الفرنسي بذلك النوع من فك الرابطة الزوجية التي تمت في الخارج على الرغم من أن القضاء ما كان ليقبل به لو تم طلبه في فرنسا لأنه يتعارض مع المفاهيم الأساسية الفرنسية المتعلقة بالطلاق ومن هذا المنطلق قبل القضاء بالنتيجة بترتيب آثار ذلك الطلاق بقبول السماح للزوج بالزواج من

جديد بفرنسا.

Daniel Gutmann.Droit international prive.op.cit.p93.

(26)ibid.p94.

(27) يتضح ذلك من خلال الأمثلة التي ستقدم لتوضيح فكرة الاستبعاد الجزئي للقانون المختص.

(28) مثلا قانون أجنبي يبعد من الميراث شخصا بسبب انتمائه الديني. القاضي الفرنسي يعلن تلك الأحكام مخالف للنظام العام الدولي الفرنسي، لكن ذلك لا يمنع القاضي بعد إدماج ذلك الشخص ضمن الورثة من تطبيق باقي قواعد القانون الأجنبي المتعلقة بالميراث.

(29) المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا.(العدد الأول : 1989).ص 149 وبعدها.

رغم أن المثال يتعلق بفاعلية حقوق مكتسبة في الخارج على الإقليم الجزائري، لكن التعامل لا يخلق أي فارق بالنسبة لتطبيق قانون أجنبي أشارت إليه قاعدة التنازع الجزائرية. فكان بإمكان القاضي الجزائري في نفس معطيات النزاع أن يطبق القانون الأجنبي بإلزام المدين بقيمة الدين ورفض الطلب المتعلق بدفع الفوائد لتعارضها من النظام العام.

- في مثال آخر متعلق أيضا بالمصادقة على حكم أجنبي قضى بالطلاق بين الزوجين وإسناد الحضانة في قضية رفعت أمام القضاء الجزائري. هذا الأخير لم يعترض على فعالية الطلاق الصادر في فرنسا في الإقليم الجزائري، لكنه اعترض على الشق المتعلق بالحضانة لأنه مخالف للنظام العام الذي تفيد مفاهيمه بأن أحد الوالدين المقيم بالجزائر هو أولى بحضانة الولد إذا كان الآخر مقيم ببلد أجنبي غير مسلم. وتكون الأم أولى بالحضانة إذا كانت مقيمة في الجزائر وإن كانت غير مسلمة.

المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا.(العدد الرابع : 1990).ص 74 وبعدها.